
CONVERSANDO CON CHARLES SABEL⁴⁸

[REDIP] En su último trabajo⁴⁹ usted se muestra optimista con relación al desarrollo del Litigio de Interés Público en Argentina y, por el contrario, expone una actitud diversa en cuanto a los Estados Unidos.

Quisiéramos saber: ¿Cómo se puede explicar esta diferente mirada sobre el mismo fenómeno? Y ¿Por qué su mirada es pesimista en relación a los Estados Unidos?

[SABEL] La razón principal para el pesimismo es que el litigio estructural, tal como fue originariamente concebido, sólo puede funcionar bajo ciertas circunstancias muy precisas. Busca abordar contextos donde la mayor parte de las instituciones funcionan, pero hay algunas fallas o bloqueos puntuales en algunas instituciones o en sectores particulares del proceso político.

Entonces, cuando en general la mayor parte de las cosas funciona y la política funciona también, es concebible la idea -como tuvo Chayes- de tomar una forma particular de organización administrativa (la "agencia administrativa") y encontrar una manera creativa de adaptarla, que pueda ser usada por un tribunal de justicia. Así fue concebido el litigio estructural, para suplir esos déficits y en ese contexto.

Cuando estas prácticas surgieron, las formas de intervención nuevas se correspondían con las condiciones de esa época. Pero con el tiempo surgieron mayores incertezas y los problemas se hicieron más difíciles de definir en sus confines, lo que hace necesaria una Administración Pública más abierta en cuanto a los objetivos que persigue. En ese contexto, la idea de usar las cortes como un campo de batalla para resolver las falencias de instituciones particulares, incluso cuando los jueces pudieran estar de acuerdo con que existe una violación de

⁴⁸ La presente conversación tuvo lugar en Buenos Aires en Diciembre de 2017. Participaron en la misma María Emilia Mamberti, Francisco Ucin y María Carlota Ucin. La traducción estuvo a cargo de Mamberti y Ucin, con las revisiones del propio Sabel.

⁴⁹ Sabel, Charles, El nuevo derecho de interés público: una mirada hacia atrás a la situación en Estados Unidos y hacia adelante a su futuro brillante en otras partes, publicado en REDIP N° 2, p. 92, con traducción al español de María Emilia Mamberti.

normas constitucionales, sólo sucede en casos aislados. La práctica continúa teniendo lugar y no ha sido prohibida, pero no crece. Y de hecho no podría hacerlo en ausencia de una transformación más grande del Estado Administrativo y de las políticas que hay detrás de él.

Aun así, soy un estadounidense típico y tengo gran confianza en las perspectivas a largo plazo de los estadounidenses para generar una política e instituciones que funcionen mejor, dentro del Estado Administrativo. Puedo fácilmente imaginar que en ese Estado habrá nuevas formas de litigio estructural.

[REDIP] Usted refiere que la complejidad ha sido una de las razones por las cuales el litigio de reforma estructural ha mostrado sus límites, ¿Se refiere a la complejidad de los problemas?

[SABEL] Bueno, no solamente. Desde el comienzo del litigio estructural estaba claro que era problemática la idea a partir de la cual se habían concebido las agencias administrativas. Esta idea inicial era tener expertos que crearan regulaciones. Pero si tienes una situación demasiado compleja, los expertos solos no pueden hacer las reglas⁵⁰. Entonces necesitas otros mecanismos para establecer rutinas y revisarlas periódicamente. Esto es lo que explicamos en nuestro texto original:⁵¹ la transformación de la aplicación original de esta idea a un nuevo estado de cosas.

Igualmente, esto todavía presupone un cuestionamiento acotado del Estado Administrativo, y además, asume que el sistema político que funcione relativamente bien. Eso se mantuvo, pero lo que cambió desde los inicios es cómo se hacen las reglas, y cómo interactúan las partes. Esto se siguió desarrollando en muchas partes de los Estados Unidos, pero no en marco del litigio estructural (con algunas excepciones puntuales).

Hoy la discusión en los Estados Unidos es qué piezas de la vieja estructura se quieren preservar (y en qué términos). Pero en el fondo del asunto, se quiere conservar la estructura vieja. La gente puede decir que quiere que ella esté mejor financiada, que sea más o menos inclusiva o discutir qué formato es mejor. Sin embargo, es excepcional que alguien plantee un cambio radical en el cual toda la estructura se destruya (como algunos Republicanos extremistas). Esta batalla es ahora tan dominante en la discusión que hay poco espacio para el tipo de experimentación más radical que estaba en la base de la idea de litigio estructural. El litigio estructural planteaba probar algo nuevo para ver cómo funcionaba. Quizás

⁵⁰ Sobre el punto puede verse: Sabel, Ch. – Dorf, Michael, A Constitution of Democratic Experimentalism, Columbia Law Review, Columbia Law Review, March. También:

⁵¹ Sabel, Ch. – Simon, W., Derechos de desestabilización: el triunfo del Litigio de Interés Público, publicado en REDIP N° 2, p. 9, en traducción al español de María Emilia Mamberti

los expertos lideren este proceso, pero alguien tiene que encararlo. Podía haber discusiones sobre cómo hacerlo, pero no sobre la idea de que algo tenía que cambiar.

Argentina, está en una situación diferente. Quizás parezca muy dramático, pero me parece que la situación actual no puede sostenerse: la brecha entre ricos y pobres, la fragilidad de las instituciones existentes y la vulnerabilidad a los cambios globales no pueden persistir, y deberían ser modificadas. O ese escenario brinda una oportunidad de desarrollo, o se convierte en un problema muy serio del tipo de la primavera árabe. Muchas generaciones de personas que tienen aspiraciones de "clase media" y no tienen forma de lograrlas, y no van a tolerar eso...no debería tolerarse.

Entonces, hay fallas en instituciones muy básicas en Argentina y la Administración pública es profundamente disfuncional. En los Estados Unidos se la puede mejorar, pero básicamente muchas partes de la Administración funcionan razonablemente bien. En la Argentina, parece que no es así.

[REDIP] Quizás podemos decir que en Estados Unidos la política funciona mejor y por eso tiene fe en que esa administración que hoy existe puede ser mejorada por los políticos. Y acá, como la política no funciona bien, parece que necesitamos de otros actores que impulsen los cambios. Porque la política por sí misma no los produce.

[SABEL] No creo que haya un país en el que los políticos sean tan buenos como para producir estos cambios por sí mismos. Creo que la única forma de que estos cambios tengan lugar es cuando hay una alianza implícita entre algunos políticos y algunos reformadores, basada en la demostración de alguna posibilidad real/alternativas realistas. Es decir, alguien tiene que crear una nueva posibilidad de modo tal que se muestre que es factible realizar el cambio y entonces lograr que los políticos se enrolen con tales propuestas. Entonces, no creo que los estadounidenses sean tan buenos y así también sus políticos. Sólo tengo fe en que después de un período muy difícil, la combinación entre la innovación y una nueva concepción de la política pueda producir un avance. Y aquí creo que algo similar tiene que suceder.

Estoy muy influido por lo que sucede con la causa "Mendoza", pese a todas sus limitaciones. Porque es un caso en el que hay esfuerzos persistentes hace más de una década para hacer progresos sobre un conflicto sumamente complejo y en red. Donde ninguna institución pública individualmente ha podido hacer cambios por sí

misma. Es la unión ensamblada de todos estos esfuerzos combinados la que hace esto, incluso sin apoyo político directo (quizás haya un poco de apoyo político, pero la Cuenca Matanza-Riachuelo no es el estandarte de ningún partido, ni siquiera a nivel local). Esto es destacable porque muestra la fragilidad de las instituciones y la dificultad de reformarlas, y la determinación de los jueces e interlocutores otros niveles, incluido el movimiento de participación popular, que permiten que el caso avance. Asumo entonces, que en algún punto las fuerzas políticas reconocerán esto.

Si lees lo que dice el gobierno de Macri es una mezcla interesante de neoliberalismo tradicional combinado con un sentido de urgencia sobre la pobreza, en los términos de la Cuenca Matanza Riachuelo: dice hay que proveer acceso a servicios básicos. Lo dice todo el tiempo, pero no tiene ideas concretas de cómo hacerlo, nunca discute iniciativas concretas, sus pros y sus contras, ¡incluso cuando el gobierno nacional y el de la provincia y la Ciudad de Buenos Aires están alineados en el mismo partido! Entonces mi conclusión personal es que no se está enfocando en esto, incluso si está comprometido con esos objetivos

Creo que esta situación es extraordinaria. Es una situación donde si se mira la política y luego miras las políticas del caso "Mendoza", se observa que este caso triunfa en muchas cuestiones pese a su contexto. Nadie con mucho poder político lo apoya, pero avanza, está progresando en varios ejes. Si bien todavía hay contaminación, el caso está generando progresos en temas muy difíciles (como en procesos de relocalización participativos), y creando precedentes y rutinas muy relevantes sobre cómo tomar algunas decisiones. Esto es muy positivo para la gente de Argentina y también para las políticas⁵². Muchos pueden opinar en contra, pero yo creo que es una situación prometedora, al menos hasta que fracase.

[REDIP] Probablemente es el único camino que podemos seguir por ahora...-

[SABEL] Dado que el gobierno parece estar generalmente dispuesto a resolver este problema, pero tiene "reflejos" que atentan contra ese objetivo, la única fuente de concreta de inspiración son cosas como ésta. Quizás "optimismo" sea mucho decir, pero al menos seguro es una invitación a dedicarse al tema, es una oportunidad para que gente que se preocupa por estos temas pueda hacer una contribución que haga avanzar esto y para conectarlo con las políticas.

⁵² [Nota de Traducción]. Esto es especialmente importante a la luz de la recientemente sancionada Ley 27.451, de regularización dominial para la integración socio-urbana.

[REDIP]-En Argentina, además de la reforma estructural, el Litigio de Interés Público tiene otra línea dirigida a dar vigencia a los derechos sociales, lo que puede estar relacionado con la reforma estructural pero no de manera necesaria. Porque a veces, se trata de reconocer derechos de manera directa, sin necesidad de provocar tal reforma estatal.

¿Cree que hay diferencia entre nuestros sistemas explicable a partir de la falta de reconocimiento de los derechos sociales en su país?

[SABEL] Bueno, yo creo que sí tenemos derechos sociales en los Estados Unidos, pero el derecho está vinculado con el desarrollo de las estructuras administrativas. Por ejemplo, hay derecho a la educación, altamente desarrollado. Esto sirvió la fuente de un enorme movimiento de reforma. Pero el derecho está vinculado con la operación de las estructuras administrativas. El punto es que los derechos "abstractos" a la educación fueron testeados en los Estados Unidos. Porque en la época de la segregación todos tenían formalmente un derecho a la educación, pero no igualitaria. En Estados Unidos, los derechos sociales y la discriminación están relacionados, no actúan separadamente. Si eres ciudadano, tienes derecho a no ser discriminado, lo que te da derecho a cierto tipo de derechos sociales, lo que los hace más concretos. Ése es el esquema en Estados Unidos.

En Argentina... bueno acabamos de hablar del derecho a la vivienda y cómo aparece en el caso "Mendoza". Como resultado de la decisión original, las personas muy pobres que vivían en el camino de sirga tuvieron que ser relocalizadas, lo que generó el tema de mudarlos a una vivienda adecuada. Y se dio una discusión que hubiera sido completamente familiar (salvo en sus aspectos de innovación procedimental y de derecho administrativo) a los problemas que hemos tenido en Estados Unidos, en lo que hace al derecho a la vivienda.

Una vez que se declama el derecho a no ser desalojado de la propia vivienda (sea fundado el derecho a la dignidad, o porque hay un derecho a la vivienda como tal): ¿Qué pasa luego? Todo lo que sucede de ahí en más no se puede deducir del derecho a la vivienda en abstracto. Hay que definirlo y para eso es lo que sirven las instituciones. Por eso me resisto a separar el derecho abstracto de su reivindicación institucional, no porque no haya un derecho abstracto (lo hay), sino porque es necesario pensar ambas cosas juntas. Cuando las separas, eventualmente tienes que volver a unir las.

[REDIP] En Argentina, el problema aparece cuando tenemos, de hecho, derechos reconocidos en abstracto, pero sin la estructura administrativa que lo pueda abastecer

[SABEL] No hay Estado en la tierra que tenga tal desarrollo.

[REDIP] Quizás los países nórdicos...

[SABEL] ¡Siquiera los países nórdicos! Los he estudiado mucho, en particular a Dinamarca. Primero, no tienen "derechos sociales" en la Constitución como tales. Puedes encontrar allí mucha protección social, pero los derechos no necesariamente tienen un reconocimiento constitucional. Por ejemplo, para las personas con discapacidad hay un sistema elaborado que determina cuándo acceder a un beneficio y a prestaciones, aunque las personas pagan parte del costo de reparación de los equipos que reciben, por ejemplo. Pero eso es lo que hay como "derecho", no es en sí mismo la articulación del derecho.

[REDIP] Bueno pero además en Argentina, parece que creemos más en la proclama de derechos que en el desarrollo del Estado que responda a tales obligaciones.

[SABEL] Sí, creo que eso es una tragedia. Pienso que una discusión muy interesante del caso "Mendoza" frente a esa visión. Mucha gente puede pensar -en Argentina y en otras partes- que lo importante es reconocer el derecho. Cómo reivindicarlo no es tan relevante, es algo diferente. La otra visión es que el reconocimiento del derecho solo es el punto de partida, y lo fundamental es cómo hacer al derecho realmente accesible (por eso el éxito parcial de "Mendoza" es tan valioso). Con la mera declamación (importa el derecho, no el Estado), nunca se obtendrán sus derechos. Y esta es una lección que tenemos que aprender también en Estados Unidos Sabemos que la declaración del derecho a no ser discriminado no asegura que tus hijos puedan acceder a una escuela [como pasó en la época de la segregación].

Por eso es extraordinario cuando un caso como "Mendoza" deriva en que, de hecho, se les reconozcan derechos a las personas, con mucha creatividad. Luego esas innovaciones son generalizables, por eso es destacable. Estamos hablando de un fenómeno que sucede en la Argentina, no en un país nórdico. Estamos hablando de la creación real de derecho e instituciones concretas, en un contexto sumamente desafiante. Puede ser una excepción casual, pero sería raro porque las excepciones no duran 10 años. En Estados Unidos tuvimos experiencias que parecían igual de promisorias pero que se marchitaron rápidamente. Entonces, algo están manteniendo este fenómeno vivo en el caso de Argentina, aunque no sabemos exactamente qué (eso no es necesariamente lo importante).

[REDIP] ¿Cuando usted dice que algo está pasando, quiere decir que lograremos que el Riachuelo pase a estar limpio? (Aclaremos: No es una pregunta técnica, sino dirigida a la efectividad del proceso político-social)

[SABEL] Sí, creo que a fin de cuentas un río limpio no es algo tan complicado de lograr.

Una buena parte tiene que ver con la infraestructura y esto se podría lograr (en parte ya hay proyectos grandes de infraestructura en marcha). Hay otro aspecto mucho más complicado que tiene que ver con la contaminación. Un aspecto muy desafiante en este punto es la contaminación de la cuenca alta, derivada de la agricultura. Eso conecta con otro punto, que es que hay mucho dinamismo en la agricultura argentina, con regeneración de suelo, con una altísima productividad, etc.

Creo que sería posible, sí. Aunque los temas difíciles de la recolocación, que no estaban siquiera contemplados en la decisión original de la Corte Suprema, son los que están generando las consecuencias más interesantes en términos de derecho administrativo. Las fuentes más grandes de contaminación son manejables y no requieren de un gran aparato participativo (aunque me puedo estar equivocando).

La reacción intuitiva de pensar “vayan a ver el río, está sucio, nada cambio”, en algún punto es equivocada. Incluso si el río estuviese limpio, eso no responde si las personas involucradas en el proceso fueron tratadas con justicia, ni diría nada sobre el proceso de cómo se logró. Si se logran ambas cosas, sería un doble milagro: el más fácil, que el río esté más limpio; y el más difícil, que es darle un futuro a las personas de la ribera, que ni siquiera era el punto principal del caso. Claro que ese futuro no que no va existir en la medida en que los niños sigan teniendo metales pesados en sangre